

Datenschutz bei Bewerbung und Einstellung – Praxis

Bruno Schierbaum // BTQ Niedersachsen

HIER LESEN SIE:

- wie es in den diversen Einzel- und Spezialfällen mit dem Datenschutz bei der Erhebung von Personendaten im Zuge von Bewerbung und Einstellung steht
- welche Fragen konkret und unter welchen Bedingungen im Einstellungsverfahren und nach Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses zulässig, fragwürdig oder unzulässig sind



Der Teufel steckt bekanntlich im Detail, auch wenn man nicht so genau weiß, warum es unbedingt der Teufel sein soll. Richtig ist jedenfalls, dass sich gerade bei der Datenerhebung im Rahmen von Bewerbung und Einstellung immer wieder die Frage stellt, wo denn die Grenze der Zulässigkeit zu ziehen ist ...

Welche Fragen im Rahmen von Bewerbungen und Einstellungen im Einzelnen gestellt werden dürfen, hängt unter anderem davon ab, ob es sich um einen Bewerber oder einen bereits eingestellten Arbeitnehmer handelt. Denn was der Arbeitgeber vor der Einstellung wissen muss (und damit auch wissen darf), deckt sich nicht mit den Informationen, die er nach erfolgter Einstellung benötigt.

Und das hat zur Konsequenz, dass im Grund genommen mit zwei Fragebogen gearbeitet werden müsste – mit einem Fragebogen für den Bewerber und einen ergänzenden Fragebogen nach erfolgter Einstellung.

Nachfolgend sollen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige „Fragen“ vorgestellt werden, die sich in vielen Fragebögen wiederfinden, ergänzt durch Hinweise zu bestimmten (Test-)Verfahren, die im Rahmen der Einstellung angewendet werden.

Beruflicher Werdegang

Über den schulischen und beruflichen Werdegang wird sich der Arbeitgeber beim Bewerber informieren dürfen, wobei hier auch immer der Bezug zu der in Aussicht genommenen Tätigkeit bestehen muss. So muss beispielsweise ein Bewerber um eine Hilfsarbeiterstelle seine Ausbildung als Architekt nicht angeben.¹

Religion

Die Frage nach der Religion darf bei Einstellungsentscheidungen keine Rolle spielen. Dies ergibt sich sowohl aus dem AGG als auch dadurch, dass „religiöse Überzeugungen“ zu den „besonderen Arten“ personenbezogener Daten, also zu den sogenannten sensitiven Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG) gehören, deren Erhebung stets der Einwilligung durch den Bewerber bedarf.

Die Frage wird nur ausnahmsweise bei Einstellungen zulässig sein, etwa wenn man

sich bei kirchlichen Arbeitgebern bewirbt, wie z.B. bei der Kirche selbst oder bei konfessionellen Krankenhäusern (Art. 140 GG).

Nach vollzogener Einstellung ist die Frage nach der Religionszugehörigkeit zulässig, soweit die Antwort für die Abführung der Kirchensteuer gebraucht wird. Dieses betrifft Mitglieder der römisch-katholischen und der evangelischen-lutherischen Kirche. Allerdings darf diese Information auch nur zu diesem Zweck erhoben und verarbeitet werden.

Scientology

Die Frage nach der Mitgliedschaft bei Scientology fällt übrigens nicht in die Kategorie „Religion“, da diese Organisation keine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft ist.²

Eine unrichtige Antwort auf die Frage nach der Mitgliedschaft bei Scientology kann – so die bisherige Rechtspraxis – zur

Anfechtung des Arbeitsvertrags führen. Ob dies mit dem Inkrafttreten des AGG noch aufrecht zu erhalten ist, muss allerdings bezweifelt werden.³

Lichtbild

Es ist übliche Praxis, dass ein Bewerber in seinen Bewerbungsunterlagen ein Lichtbild beifügt. Mit der Verabschiedung des AGG wird der Arbeitgeber ein Foto aber nicht mehr verlangen können, weil ein Foto Aufschluss über Geschlecht, Alter oder auch Rasse geben kann.⁴

Lebenslauf

Unter dem Gesichtspunkt des AGG stellt sich sogar die Frage, inwieweit der in Stellenaussagen oft geforderte „lückenlose Lebenslauf“ noch rechtmäßig ist. Ein Lebenslauf darf jedenfalls nicht dazu dienen, dass der Arbeitgeber auf diesem (Um-)Weg Daten erlangt, die Anlass für eine der durch das AGG untersagten Benachteiligungen sein könnte.⁵ So wird ein Bewerber z.B. eine Entziehungskur in seinem Lebenslauf „verschleiern“ dürfen.

Gewerkschaftszugehörigkeit

Gemäß der in Art. 9 Abs. 3 GG verbürgten Koalitionsfreiheit ist es dem Arbeitgeber untersagt, einen Bewerber oder Arbeitnehmer zu benachteiligen oder zu bevorzugen, weil er Mitglied einer Gewerkschaft ist. Demzufolge darf danach auch nicht gefragt werden. Dies stellt sich nur dann anders dar, wenn ein Bewerber bei einer Gewerkschaft eingestellt werden will.

Parteizugehörigkeit

Die Frage nach einer Parteizugehörigkeit war immer schon grundsätzlich unzulässig. Nur ausnahmsweise kann diese Frage erlaubt sein, wenn es sich beispielsweise um die Besetzung eines Arbeitsplatzes bei einer Parteiorganisation handelt.

Schwangerschaft

Die Frage nach einer Schwangerschaft vor der Einstellung stellt eine geschlechterbezogene Diskriminierung nach dem AGG dar und ist immer unzulässig.⁶

In der Vergangenheit hat das BAG die Auffassung vertreten, dass die Frage nach der Schwangerschaft unter der Bedingung

zulässig sein solle, dass sich nur Frauen um einen Arbeitsplatz bewerben, ansonsten sollte sie aber unzulässig sein.⁷

Diese sogenannte „gespaltene Lösung“ war immer umstritten und vertrug sich dann auch nicht mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der eine Differenzierung zwischen Schwangeren und Nichtschwangeren stets als geschlechterbedingten Nachteil wertete.⁸

Daraufhin gab das BAG seine „gespaltene Lösung“ ausdrücklich auf⁹ und hat die Frage nach der Schwangerschaft grundsätzlich für unzulässig erklärt. Allerdings neigte das BAG dann immer noch dazu, eine Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen arglistiger Täuschung jedenfalls dann zuzulassen, wenn das zustande gekommene Arbeitsverhältnis wegen der Schwangerschaft nicht realisiert werden konnte.

Aber auch hier setzte der Europäische Gerichtshof eine Schranke.¹⁰ Er stellte fest, dass die Anwendung der Vorschriften zum Schutz der werdenden Mutter keine Nachteile beim Zugang zur Beschäftigung mit sich bringen dürfen. Eine Entscheidung, die eine unbefristete Stelle betraf.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass selbst bei befristeten Verträgen, die wegen einer Schwangerschaft in wesentlichen Teilen oder sogar insgesamt nicht erfüllt werden können, die Frage nach der Schwangerschaft bei der Einstellung keine Rolle spielen darf.¹¹

Ebenfalls unter dieses Frageverbot fallen Fragen nach der weiteren Lebensplanung, etwa nach einer beabsichtigten Heirat oder nach einem Kinderwunsch. Ebenso sind Fragen nach der letzten Regel oder nach der Einnahme schwangerschaftsverhütender Mittel stets unzulässig – auch wenn der Betriebsarzt diese Fragen stellt.¹²

Im bestehenden Arbeitsverhältnis soll eine schwangere Beschäftigte dann gemäß § 5 Abs. 1 MuSchG dem Arbeitgeber die Schwangerschaft und den mutmaßlichen Tag der Entbindung mitteilen, sobald ihr dies bekannt ist. Allerdings heißt es dazu im Gesetz nur, dass sie es „soll“, also nicht „muss“. Und das heißt, dass eine schwangere Arbeitnehmerin nicht verpflichtet ist, die Schwangerschaft mitzuteilen. Dadurch eventuell entstehende Risiken (etwa durch zu schwere körperliche Arbeit) wird dann

jedoch wohl nicht der Arbeitgeber tragen müssen.

Wehr-/Ersatzdienst

Legt man in Bezug auf den Wehr-/Ersatzdienst den gleichen Bewertungsmaßstab an wie bei der Frage nach Schwangerschaft, so ist die Frage nach einem noch abzuleistenden Wehr-/Ersatzdienst ebenso unzulässig, da dieses Handicap nur Männer trifft. Somit ist auch klar, dass nähere Angaben zu einem früheren militärischen Dienstgrad, nach einem Truppenteil oder Ähnliches sich verbieten – zumal diese Fragen ohnehin keinen Bezug zum Anbahnungsverhältnis oder Arbeitsvertragsverhältnis haben. Rechtsprechung zu diesem Thema liegt allerdings, soweit ersichtlich, nicht vor.

Bisheriges Entgelt

Die Frage nach dem bisherigen Entgelt muss dann als unzulässig angesehen werden, wenn die bisherige Vergütung für den angestrebten Arbeitsplatz keine Aussagekraft hat und der Bewerber diese von sich aus auch nicht als Mindestvergütung fordert oder zum Ausgangspunkt seiner Entgeltforderung gemacht hat.¹³

Vermögensverhältnisse

Die Frage nach den Vermögensverhältnissen bei Bewerbern ist prinzipiell unzulässig. Nur bei der Besetzung besonderer Vertrauenspositionen (z.B. Filialleiter von Banken) darf der Arbeitgeber den Bewerber nach dessen Vermögensverhältnissen befragen, da in diesen Fällen mögliche ungeordnete finanzielle/wirtschaftliche Verhältnisse eine Gefahr für vermögensbezogene Belange des Arbeitgebers darstellen können. Aber schon im mittleren Verantwortungsbereich wäre die Frage nach den Vermögensverhältnissen unzulässig.¹⁴

Vorstrafen

Nach Vorstrafen darf der Bewerber unter Berücksichtigung des Resozialisierungsgedankens allgemein nicht gefragt werden. Wenn überhaupt, ist allenfalls die Frage nach bestimmten, für das einzugehende Arbeitsverhältnis „einschlägigen“ Vorstrafen zulässig. Dabei kommt es aber nicht darauf an, welche Vorstrafen der Arbeitgeber subjektiv als einschlägig ansieht. Entschei-

dend ist vielmehr ein objektiver Maßstab: So könnte z.B. bei einem Buchhalter oder Kassierer nach Vorstrafen wegen Eigentumsdelikten, bei einem Kraftfahrer nach Vorstrafen wegen Verkehrsdelikten und bei einem Jugendpfleger nach Sittlichkeitsdelikten gefragt werden. Bei Maschinenarbeitern, Schreibern oder ähnlichen Berufen wäre die Frage nach Vorstrafen dagegen grundsätzlich unzulässig ist.¹⁵

Konkret heißt das, dass die Frage nach Vorstrafen so formuliert werden muss, dass für den Bewerber klar ist, dass es nur um die „einschlägigen“ Vorstrafen gehen kann.

Ein Bewerber (oder Arbeitnehmer) darf sich nach § 53 Bundeszentralregistergesetz (BZRG) immer dann als unbestraft bezeichnen, wenn eine Verurteilung nicht in das polizeiliche Führungszeugnis aufzunehmen oder daraus wieder getilgt ist (§ 51 und § 53 BZRG).

Gesundheitsdaten

Die generelle Frage nach dem Gesundheitszustand eines Bewerbers wurde auch schon vor der Verabschiedung des AGG als viel zu weitgehend angesehen, da sie einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Bewerbers darstellt. Engere Grenzen für Fragen nach dem Gesundheitszustand werden darüber hinaus nicht nur durch das AGG, sondern auch durch das BDSG gesetzt.

In der Vergangenheit hatte das BAG die Fragen, die einem Bewerber nach seinem Gesundheitszustand gestellt werden dürfen, auf die folgenden beschränkt:

■ Liegt eine Krankheit oder eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustands vor, durch die die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist?

■ Liegen ansteckende Krankheiten vor, die zwar nicht die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen, jedoch die zukünftigen Kollegen oder Kunden gefährden könnten?

■ Ist zum Zeitpunkt des Dienstantritts oder in absehbarer Zeit mit einer Arbeitsunfähigkeit zu rechnen, z.B. durch eine geplante Operation, bewilligte Kur oder durch eine bestehende akute Erkrankung?¹⁶

Auch nach der Verabschiedung des AGG soll dem Arbeitgeber weiterhin das Recht zustehen, Fragen zur Gesundheit zu stel-

len.¹⁷ Dem steht jedoch die Regelung im BDSG entgegen. Denn nach § 4a in Verbindung mit § 28 Abs. 6 BDSG kann bei Bewerbern die Frage nach dem Gesundheitszustand nur mit Einwilligung des Bewerbers erfolgen. Die künftige Rechtsprechung der Gerichte zu diesem Thema wird das BDSG und das AGG berücksichtigen müssen.

Das heißt aber noch keineswegs, dass damit neben dem Recht, entsprechende Fragen zu stellen, auch medizinische Einstellungsuntersuchungen zulässig wären. Sie sind es nur, wenn sie gesetzlich geregelt sind – z.B. nach § 32 ff. Jugendarbeitsschutzgesetz. Und auch wenn ein Bewerber seine Einwilligung zu einer Einstellungsuntersuchung vor Abschluss des Arbeitsvertrags gibt, darf sich der Arzt bei der Untersuchung nur im Bereich der drei oben genannten zulässigen Fragestellungen bewegen.

Nach Abschluss des Arbeitsvertrags gibt es dann wieder verschiedene gesetzliche Grundlagen nach denen Untersuchungen vorgesehen sind. Hierzu gehört z.B. das Arbeitssicherheitsgesetz, die Röntgenverordnung oder die Gefahrstoffverordnung. Der untersuchende Arzt darf aber das Ergebnis der Untersuchung immer nur in der Form an den Arbeitgeber weitergeben, dass der Betreffende für die Arbeit an seinem Arbeitsplatz oder an dem für ihn vorgesehenen Arbeitsplatz geeignet oder nicht geeignet ist.

Im speziellen Fall der Krankheit AIDS ist zwischen Infizierung und akuter Erkrankung zu unterscheiden. Die Frage nach einer HIV-Infektion ist grundsätzlich unzulässig, da in diesem Stadium weder eine Leistungsminde- rung des Arbeitnehmers noch – bei üblichen Tätigkeiten – eine Ansteckungsgefahr besteht. Anderes würde wohl dann gelten, wenn die AIDS-Erkrankung bereit ausgebrochen und nach der Art der Tätigkeit eine Übertragung des Erregers zu befürchten ist.¹⁸

Genom-/DNA-Analysen

Gen-Analysen, mit deren Hilfe eine Disposition (besondere Anfälligkeit) für bestimmte Krankheitsbilder/Krankheiten (nicht aber der Zeitpunkt des Ausbruchs dieser Krankheit) ermittelt werden können, sind wegen des damit verbundenen erheblichen Ein-

griffs in das Persönlichkeitsrecht sowohl an Bewerbern als auch an Arbeitnehmer unzulässig.¹⁹

Denn so wie es im Rahmen des sogenannten **informationellen Selbstbestimmungsrechts** ein Recht gibt, dass jede Person wissen können muss, welche Daten über sie gespeichert sind, so gibt es auch ein „Recht auf Nichtwissen“. Der Mensch hat ein Recht darauf, nicht wissen zu müssen, welche Krankheiten im Leben auf ihn zukommen könn(t)en.

Alkohol-/Drogentests

Die Frage nach einer Alkohol- oder sonstigen Drogensucht wird bei Bewerbern aufgrund des AGG wegen möglicher Benachteiligung aufgrund einer Behinderung stets unzulässig sein.²⁰

Ohne entsprechende gesetzliche oder tarifvertragliche Verpflichtung ist ein Arbeitnehmer deshalb – selbst wenn es sich um einen Arbeitsplatz mit einem gewissen Sicherheitsrisiko handelt – ohne konkrete Verdachtsmomente nicht verpflichtet, sich auf eine eventuelle Alkohol- oder Drogenabhängigkeit untersuchen zu lassen.²¹

Schwerbehinderteneigenschaft

In der Vergangenheit hat das BAG die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft oder einer entsprechenden Gleichstellung generell – also tätigkeitsneutral – für zulässig gehalten.²²

Zur Begründung führt das BAG an, dass bei Abwägung der gegensätzlichen Interessen des Arbeitsplatzbewerbers und des Arbeitgebers das Interesse des künftigen Arbeitgebers überwiegt, zu erfahren, ob bei der Einstellung des Arbeitnehmers die besonderen gesetzlichen Verpflichtungen des Schwerbehindertengesetzes (jetzt SGB IX) auf ihn zukommen. Allerdings muss die Frage nach einer Behinderung nach Auffassung des BAG nur dann wahrheitsgemäß beantwortet werden, wenn sich die Beeinträchtigung konkret auf die Eignung des Bewerbers für die fragliche Stelle auswirkt oder die Gefährdung anderer Mitarbeiter droht.²³

Und ohne Befragung braucht der Bewerber die Schwerbehinderteneigenschaft nur dann zu offenbaren, wenn er erkennen muss, dass die Behinderung für den vorge-

sehenen Arbeitsplatz von ausschlagender Bedeutung ist.²⁴

Diese Rechtsprechung wird sich mit dem Diskriminierungsverbot des AGG und des § 81 SGB IX und auch unter dem Gesichtspunkt, dass Behinderung und Schwerbehinderung sensitive Daten sind (siehe Seite 8), nicht mehr aufrecht erhalten lassen. Ein behinderter Bewerber kann jetzt also die Frage nach einer Behinderung verneinen, ohne mit Rechtsfolgen rechnen zu müssen.²⁵

Wenn ein Arbeitnehmer allerdings in den Schutz des SGB IX kommen will, wird er die Frage nach einer Schwerbehinderteneigenschaft selbstverständlich beantworten müssen. Prinzipiell ist es ihm aber überlassen, ob er im Arbeitsverhältnis eine Schwerbehinderung mitteilen will.

Graphologische Gutachten/ psychologische Tests

Graphologische Gutachten oder psychologische Tests sind, auch wenn sie im Rahmen von Assessment-Centern eingesetzt werden, immer nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Bewerbers oder Arbeitnehmers zulässig. Das heißt, dass die Zulässigkeit nur dann gegeben ist, wenn ...

- der Bewerber/Beschäftigte vorher eingewilligt hat,
- der Bewerber/Beschäftigte vorher über die Funktionsweise des Tests und der zu ermittelnden Daten aufgeklärt wurde,
- es sich um die Ermittlung arbeitsplatzbezogener Merkmale handelt und
- die ermittelten Daten nicht auf andere Weise, z.B. durch Zeugnisse, erlangt werden können und
- die Untersuchung von einem Psychologen mit Hochschulabschluss durchgeführt wird.²⁶

Ein Fazit

Die Erhebung personenbezogener Daten im Rahmen des Bewerbungs- und Einstellungsverfahrens kann und sollte durch die Beteiligungsrechte des Betriebsrats rechtlich einwandfrei ausgestaltet werden. Dabei stehen flankierend das AGG, das BDSG, die Vorgaben des SGB IX und das sogenannte Arbeitgeberfragerecht den Betriebsräten zur Seite. Dabei ist es schwierig, klare Grenzen zu ziehen, welche Fragen der Arbeitge-

ber im Einzelfall stellen darf. Eins ist aber klar, dass die rechtliche Situation unübersichtlich und damit eher benutzungsunfreundlich ist. Deshalb wäre es mehr als sinnvoll, die hier behandelte Problematik übersichtlich in einem Arbeitnehmerdatenschutzgesetz zu regeln.

Autor

Bruno Schierbaum ist Technologie- und Datenschutzberater bei der BTQ Niedersachsen, Donnerschweerstraße 84, 26123 Oldenburg, fon 0441 82068, schierbaum@btq.de, www.btg.de

Lexikon

informationelle Selbstbestimmung ► siehe Lexikon Seite 12

Fußnoten

- 1 Vergl. LAG Berlin vom 16.12.1988, Recht der Datenverarbeitung 1989, Seite 181
- 2 Vergl. BAG vom 22.3.1995 – 5 AZB 21/94
- 3 Vergl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, Beck Verlag 2007, Seite 182
- 4 Vergl. Gola/Wronka: Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, Datakontext 2008, Seite 153
- 5 Vergl. Gola/Wronka, Seite 154
- 6 Vergl. Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier (Fitting): Betriebsverfassungsgesetz, Vahlen Verlag 2008, § 94 Rand-Nr. 22; Gola/Wronka, Seite 155, BAG vom 6.2.2003 – 2 AZR 621/01
- 7 Vergl. BAG vom 20.2.1986 – 2 AZR 244/85
- 8 Vergl. EuGH vom 8.11.1990 – Rs. C 177/88
- 9 Vergl. BAG vom 15.10.1992 – 2 AZR 227/92
- 10 EuGH vom 3.2.2000 – Rs. C 207/98
- 11 Vergl. Gola/Wronka, Seite 156; Fitting, § 94 Rand-Nr. 22; Thüsing/Lambrich: Das Fragerecht des Arbeitgebers, in: Betriebs-Berater 22/02, Seite 1147.
- 12 Vergl. Schaub, Seite 181.
- 13 Vergl. BAG vom 19.5.1983 – 2 AZR 171/81; Schaub, Seite 180; Ehrich: Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungen und Folgen der Falschbeantwortung, in: Der Betrieb 8/00 Seite 421 f.
- 14 Vergl. Ehrich, Seite 422
- 15 Vergl. Ehrich, Seite 422; Gola/Wronka, Seite 185 ff.
- 16 Vergl. BAG vom 7.6.1984 – 2 AZR 270/83
- 17 Vergl. Gola/Wronka, Seite 160.
- 18 Vergl. Fitting, § 94 Rand-Nr. 25a; Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, Bund-Verlag 2008, § 94 Rand-Nr. 15.
- 19 Vergl. Fitting, § 94 Rand-Nr. 25a.
- 20 zum Meinungsstand siehe Rebhan: AGG in der Praxis – zum Fragerecht des Arbeitgebers, in: der Betriebsrat 8/2007, ab Seite 10; Thüsing: Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Beck Verlag 2007, Seite 84; Gola/Wronka, Seite 169 f.
- 21 Vergl. Gola/Wronka, Seite 170
- 22 Vergl. BAG vom 1.8.1985 – 2 AZR 101/83
- 23 Vergl. von Koppenfels-Spies: Schwangerschaft und Schwerbehinderung..., in: Arbeit und Recht 2/04, Seite 45
- 24 Vergl. BAG vom 1.8.1985 – 2 AZR 101/83
- 25 Vergl. Gola/Wronka, Seite 162; Rebhan, Seite 10; Däubler/Kittner/Klebe, § 94 Rand-Nr. 13; Fitting, § 94 Rand-Nr. 24
- 26 Vergl. Schierbaum: Erhebung von Bewerber- und Arbeitnehmerdaten, in: Arbeitsrecht im Betrieb 4/95, Seite 591